

中外双边投资条约中投资定义的新发展

程 莉

(厦门大学法学院 福建厦门 361005)

摘 要：“投资”是双边投资条约中的关键术语，在某种意义上决定了东道国为外国投资者提供保护的程序。随着中国加入 WTO、全球经济一体化与投资自由化的深入推进，中外 BITs 中“投资”的界定出现了逐步扩大的发展趋势，我们有必要认清中国面临的形势以及 BITs 出现的新现象，采取更加严谨、明确的语言对宽泛的投资定义加以限制。

关键词 双边投资条约 投资定义 投资保护

目前，中国已签订了 100 多个双边投资协定，成为最大的资本输入国与发展中国家中最大的资本输出国，在 100 多个双边投资条约中，中国政府对“投资”定义均采取广义的以资产为基础的开放式的定义方式，以“包括但不限于”的形式表述。由于中国所签订的 BIT 的有效期限通常为 10 年，而多数 BIT 签订于 20 世纪 80 年代至 90 年代初，因此，进入 21 世纪后，随着中国加入 WTO、全球经济一体化与投资自由化的深入推进，自 2003 年后中国开始商签的新一轮双边投资协定，其内容发生了一些重要变化。中国与缔约国之间就近年来跨国投资领域的新发展修改了原有协定的内容并保留原有合理的规定，以利于更有效、充分地保护投资者的合法权益，推动为了经济发展而进行的投资和技术的转移。作为双边投资条约最重要的概念之一“投资”的界定，也出现了逐步扩大、更加明确的发展趋势。

一、扩大并明确“投资”定义的范围

相对于前期的条约，新一代投资条约还是扩大了投资的范围。如以中德条约为例，概括规定了知识产权，将“商业秘密”和“商誉”列为受保护的财产，此外还扩大了特许权的范围，除矿产权外，增加了耕作、开采自然资源的特许权，间接投资也受到保护等。中葡投资协定明确将“在一方境内根据其法律法规，按照租赁协议置于承租人支配之下的货物”视为投资。

二、强调对直接投资保护的意图

我国对外投资协议一般列举了 5 类受保护的投资资产形式，采取的是“基于资产”的投资定义，但也将这种资产与企业管理联系，体现了我国强调对直接投资保护的意图。如 2003 年中德投资协定议定书特别规定：“投资，系指为了企业建立持续的经济关系，尤其是那些能够对企业的管理产生有效影响的投资。”

三、明确将间接投资纳入保护范围

中德投资协定第一条：“投资”一词系指缔约一方投资者在缔约另一方境内直接或间接投入的各种财产，包括但不限于……。”议定书第一条第(二)款：“间接投资”系指缔约一方的投资者通过其完全或部分拥有的、住所地在缔约另一方境内的公司所作的投资。中葡投资协定第一条：“投资”一词系指一方投资者在另一方领土内直接或者间接投入的各种财产……。

四、强调外国投资者实际控制的公司的投资视为其在华投资

中德投资协定议定书第一条第(二)款：“间接投资”系指缔约一方的投资者通过其完全或部分拥有的、住所地在缔约另一方境内的公司所作的投资。中荷投资协定议定书第一条：协定第一条第一款所述“投资”一词包括由缔约一方投资者拥有或控制的第三国法人在缔约另一方领土内依照后者的法律法规已经进行的投资。中西投资协定第一条第二款规定：在缔约一方的领土内，缔约另一方的投资者依据缔约一方的法律法规，并通过其实际拥有或控制的缔约一方的公司所作的投资应同样视为缔约另一方投资者所作的投资。

中国正一步步放开外商投资的领域，但同其他很多国家一样，根据国家产业政策和宏观经济调控的需要，国家发展和改革委员会与商务部联合颁布《外商投资产业指导目录》指导审批外商投资项目，可见我国仍限制和禁止外商投资某些产业。尽管外商在华直接投资有产业限制，但为实现最终的投资或收益目的，外商仍可以通过一定方式逾越产业限制。外商直接投资某产业在法律或政策层面上受到限制，但是可以通过在中国设立经营另一可通过审批的产业的子公司获得中国法人资格，然后再通过该子公司去投资于目标产业。转投资方式主要形成了投资公司与被投资公司、再投资公司等之间的关系。目前很多外资通过控股方式转投资进入限制产业，直接或间接拥有或者控制目标产业公司，形成一系列的关联企业群体。特别

在现今公司控制权变动频繁，强调外国投资者实际控制的公司的投资为其在华投资在一些外国投资者借间接控股规避东道国强制性法律规定时显得尤为必要。

五、资产符合东道国法律要求的规定有所削弱

通常，中外双边投资条约中对“投资”一词的界定系指“缔约一方投资者依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方领土内所投入的各种财产……。”如中俄、中韩、中西、中-罗马尼亚、中-古巴、中-墨西哥、中印、中-马达加斯加、中-马耳他等。但近些年出现了削弱此规定的趋势，去除了“依照缔约另一方的法律和法规”的表述。如中法投资协定中：“投资”一词系指缔约一方投资者在缔约另一方领土或海域内所投入的各种财产……，中德投资协定：“投资”一词系指缔约一方投资者在缔约另一方境内直接或间接投入的各种财产……。

自 80 年代以来，发展中国家对外资的管理都不同程度地从限制到逐步开放，正如“晚近国际投资协定中投资”定义的扩大是市场逻辑的必然结果，是国际投资法价值取向的反映。”表现为从放松外资准入限制到取消强制性减少外资股权的规定，从简化和逐步废除审批要求到放宽资本和利润的汇出限制，从放弃卡尔沃主义要求的投资争议当地解决到推行国民待遇，种种迹象表明发展中国家外资法在朝着自由化方向趋同。在双边投资条约中的表现之一，即是对“投资”的宽泛定义。但无论多宽泛的定义，均强调投资符合东道国的法律法规，受 BITs 保护的投资必须是东道国所批准或允许的投资，这是资本输入过主权的表现，也是该项投资得到 BITs 保护的基本前提。通过规定投资符合东道国的法律是限制“投资”范围的方式，声明协定应与东道国的法律和规章制度相一致，这就将双边投资协定置于国内法规的约束之下。

依照中国关于举办外商投资企业的法律和法规，外国投资者在中国境内设立外商投资企业可以投入的资本形式有货币、实物、工业产权、专有技术或非专利技术、在中国赚得的利润、其他财产权利等。但“其他财产权利”包括哪些权利，法律并未提及，我们认为，对“其他财产权利”应结合我国与外国签订的关于保护和促进投资的双边协定中关于“投资”一词含义的说明来理解。改革开放以来，我国的法制建设取得巨大成就，由于法律规范本身的局限性等原因，法律滞后于社会生活的需要，例如被发达国家称之为“形象权”或“商品化权”的民事权利在我国还是一项“崭新”的权利，尚未被我国法律所规制，在理论界也无定论。如果外商以我国尚未立法确定的“其他财产权利”作为投资，可能在准入阶段会被主管部分“过滤排除”，但一旦通过验资成为投资的财产，即受双边投资条约的保护，保护标准显然高于国内投资者的此种权利的保护标准，又是一处“超国民待遇”，对国内投资者有所不公。同时也增加了被诉至国际投资仲裁庭的风险。因此，我们认为“投资”定义中的资产符合东道国法律要求的规定不宜大范围的削弱。

我们认为，中国目前适合采取两种方式界定投资，即针对设立前和设立后分别采取不同的定义方式，同时明确投资设立的时间，设立前仅仅包括直接投资，以保留我国对外资的审查权；设立后，采取宽泛的财产定义，以保护设立在当地的企业。在条约保护的投资范围方面应该增加一个限制条件，即规定只有那些符合投资特征的资产才受中外投资条约的保护，并明确投资的各项特征，并将保护的投资限于对东道国经济健康发展有利的外国投资。

注释：

张庆麟主编：《全球化时代的国际经济法》，武汉大学出版社 2009 年版，第 353-357 页。

作者简介：程莉（1987-）女，四川宜宾人，厦门大学法学院，2009 级硕士。